

Kraków, dnia 24 lipca 2020 r.

**Do:**  
**Prezes**  
**Krajowej Izby Odwoławczej**  
**ul. Postępu 17a; 02-676 Warszawa**

**Odwołujący:** **Comarch Polska S.A**  
Al. Jana Pawła II 39A  
31-864 Kraków  
tel. 012 64 61 000  
e-mail: [info@comarch.pl](mailto:info@comarch.pl)

**Zamawiający:** **Miasto Zduńska Wola**  
Ul. Złotnickiego 12  
98-220 Zduńska Wola  
tel.: 043 82 502 29  
e-mail: [zp@zdunskawola.pl](mailto:zp@zdunskawola.pl)

**Dotyczy:** Postępowania na „Asystę techniczną, usługi serwisowe oraz usługi wsparcia dla oprogramowania dostarczonego w ramach projektu pn. „Rozwój e-usług publicznych świadczonych przez miasto Zduńska Wola”, znak sprawy: OA.I.271.33.2020” prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 14 lipca 2020 r. pod numerem: 2020/S 134-329932

## **ODWOŁANIE**

Wykonawca Comarch Polska S.A. (dalej „Odwołujący”), działając na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 1 Pzp, niniejszym:

**I. wnosi odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na:** sporządzeniu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie określenia wzoru umowy, obowiązującego przy realizacji zamówienia, w sposób naruszający równość stron stosunku cywilnoprawnego oraz istotnie przekraczający zasadę swobody umów - poprzez obciążenie wykonawcy nadmiernym ryzykiem, wynikającym z:

- **nielimitowanej odpowiedzialności wykonawcy** z tytułu realizacji kontraktu;

co stanowi naruszenie art. 353[1] kc. w zw. z art. 7 i 29 ust. 1 w zw. z art. 14 w zw. z art. 139 ust. 1 Ustawy Pzp., a także art. 5 kc, art. 471 kc, art. 483 § 1 kc w zw. z art. 484 § 2 kc.

- II. stawiając powyższe zarzuty wnosi o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ w zakresie wzoru umowy w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania – odrębnie dla każdego zarzutu.**

#### **INTERES WE WNIESIENIU ODWOŁANIA**

Odwołujący posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ posiada potencjał, w tym zespół kompetentnych osób, pozwalający na realizację umowy, i jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotu zamówienia, lecz na skutek niezgodnych z Pzp czynności Zamawiającego, opisanych w odwołaniu, może ponieść szkodę polegającą na braku możliwości złożenia oferty w niniejszym postępowaniu.

#### **DATA WNIESIENIA ODWOŁANIA I PRZESŁANIE KOPII ZAMAWIAJĄCEMU**

Zamawiający opublikował treść dokumentacji SIWZ, objętą odwołaniem, w dniu 14 lipca 2020 r. Wobec tego wniesienie odwołania w dniu 24 lipca 2020 r. powoduje, że 10-dniowy termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 182 ust. 2 pkt 1, został zachowany. Przed upływem terminu do wniesienia odwołania Odwołujący przesłał kopię odwołania Zamawiającemu.

#### **UZASADNIENIE**

Zamawiający w dniu 14 lipca 2020 r. wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego którego przedmiotem jest „Asysta techniczną, usługi serwisowe oraz usługi wsparcia dla oprogramowania dostarczonego w ramach projektu pn. „Rozwój e-usług publicznych świadczonych przez miasto Zduńska Wola”, znak sprawy: OA.I.271.33.2020”, publikując w tym dniu treść ogłoszenia wraz z przekazaniem treści wszystkich dokumentów SIWZ, w tym załączników do SIWZ w postaci wzoru umowy.

Po zapoznaniu się z opublikowanym przez Zamawiającego wzorem umowy dla części 3 zamówienia Odwołujący uznał, że postanowienia umowy rażąco naruszają równowagę prawną i ekonomiczną stron poprzez określenie zbyt wysokiego ryzyka finansowego wykonawcy, związanego z realizacją umowy na gruncie odpowiedzialności kontraktowej, nieadekwatnego do uzasadnionych potrzeb, jak i celu klauzul dotyczących odpowiedzialności kontraktowej (w tym kar umownych). Powyższe powoduje, że Odwołujący, pomimo zainteresowania realizacją zamówienia i posiadania potencjału dla jego należytego wykonania, nie może złożyć oferty, gdyż w/w zapisy czynią realizację kontraktu wysoce ryzykowną i wątpliwą.

## **I. Zarzut dotyczący braku limitacji odpowiedzialności wykonawcy**

### **Zapis umowny objęty odwołaniem:**

Zarzut w tym zakresie dotyczy zaniechania wprowadzenia limitacji odpowiedzialności Wykonawcy. Wzór umowy nie przewiduje bowiem ani górnej granicy kar umownych, ani górnej granicy (limitu) odpowiedzialności Wykonawcy.

### **Uzasadnienie zarzutu:**

Odwołujący podnosi, że kwestia konieczności wprowadzenia do umów w sprawie zamówienia publicznego limitacji odpowiedzialności wykonawcy była dostrzegana już od dawna nie tylko przez wykonawców, ale również przez inne podmioty uczestniczące w rynku zamówień publicznych. Już w 2015 r. na stronie Urzędu Zamówień Publicznych opublikowana została Analiza dobrych praktyk w zakresie realizacji umów IT, opracowana przez zespół prawników kancelarii Traple Konarski Podrecki i Wspólnicy, w której limitacja kar umownych w branży IT została określona jako standard. Autorzy podkreślili ponadto: *„Należy pamiętać o tym, że względu na zasady prawa cywilnego, zgodnie z którymi kara umowna nie może być rażąco wygórowana. W takim przypadku, Wykonawca może zażądać zmniejszenia kary umownej. Z powyższych względów, oraz z uwagi na pozostałe przysługujące Zamawiającym mechanizmy zabezpieczenia np. w postaci zabezpieczenia należytego wykonania umowy, gwarancji i rękojmi za dopuszczalną praktykę należy uznać określenie w umowie kwotowego lub procentowego poziomu kar umownych z poszczególnych tytułów.”* (Analiza dobrych praktyk..., str. 61).

Kierunek ten znalazł wprost wyrażenie w treści nowej ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2019.2019 z dnia 2019.10.24). Zgodnie z treścią art. 436 pkt. 3) pzp – umowa zawiera postanowienia określające w szczególności (...) łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony. Jak podkreśla się w literaturze: *„Do nowej ustawy prawo zamówień publicznych wprowadzono także zmiany dotyczące postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zmodyfikują jej wykonywanie. Po pierwsze, jak wskazano w uzasadnieniu ustawy, nowe przepisy mają doprowadzić do ograniczenia negatywnego zjawiska zbyt jednostronnego kreowania przez zamawiających postanowień umów. Dotychczas na rynku zamówień publicznych często panowało przeświadczenie, że zasadniczo jedynym obowiązkiem zamawiającego jest zapłata wynagrodzenia wykonawcy. Pozostałe obowiązki często były przerzucone całkowicie na stronę wykonawcy i nie dotyczy to tylko samego wykonania przedmiotu umowy, ale także innych elementów z nim związanych. Mając to na uwadze, ustawodawca uznał, iż należy ograniczyć nadmierne restrykcyjne i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i jego wartości zapisy dotyczące np. wygórowanych kar umownych, przerzucania odpowiedzialności za większość ryzyk na wykonawcę czy też nieuwzględnienie w treści umów okoliczności związanych z trudnymi do oszacowania gwałtownymi zmianami na rynku. Wynikiem takiej sytuacji jest nieefektywność wydatkowania środków publicznych, wyższe ceny, a czasem nawet rezygnacja wykonawców z ubiegania się o udzielenie zamówienia.”* (Kozłowski Bartosz, Tempieńska Karolina, Obowiązki i uprawnienia zamawiających w nowym Prawie zamówień publicznych, LEX/el. 2019, teza 7).

Biorąc pod uwagę fakt, że w obecnych przepisach ustawy – Prawo zamówień publicznych, kwestia limitacji kar umownych nie jest wprost uregulowana, a jednocześnie ustawodawca wprowadza od stycznia 2021 r. obowiązek określania w umowach limitacji odpowiedzialności wykonawcy z tytułu kar umownych, należy w ocenie Odwołującego interpretować obecne obowiązki stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zgodzie z kierunkiem dostrzeganym już na gruncie obecnych przepisów i zalecanym przez praktyków rynku zamówień publicznych – który przerodzi się od stycznia 2021 r. w ustawy obowiązek zamawiających. Tym samym zdaniem Odwołującego już w chwili obecnej brak limitacji odpowiedzialności powinien być uznany za naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego (naruszenie art. 353[1] kc w zw. z art. 7 i 29 ust. 1 pzp w zw. z art. 14 pzp w zw. z art. 139 ust. 1 pzp).

**Żądanie odwołania:**

Odwołujący żąda nakazania Zamawiającemu dokonania modyfikacji wzoru umowy dla części 3 zamówienia poprzez nakazanie:

- wprowadzenia limitacji kar umownych w ten sposób, iż łączna wysokość kar umownych nie przekroczy 100% wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu realizacji umowy
- wprowadzenia łącznej całkowitej odpowiedzialności wykonawcy z wszelkich tytułów wynikających z umowy i obowiązujących przepisów prawa w ten sposób, iż nie przekroczy ona wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu realizacji umowy.

W związku z powyższym odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Za Odwołującego:

---

**Załączniki:**

- 1) pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;
- 2) KRS Odwołującego – odpis.
- 3) dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu;
- 4) dowód uiszczenia wpisu od odwołania.